

SEÇÃO II – DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL**SUBSEÇÃO I – DIREITO PENAL****1. ARTIGOS****MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS E SANÇÕES PENAIS****SIDNEI BOCCIA PINTO DE OLIVEIRA SÁ**

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

Mestre em Direitos Difusos e Coletivos – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Professor – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Advertência. 3. Obrigação de Reparar o Dano. 4. Prestação de Serviços à Comunidade. 5. Liberdade Assistida. 6. Semiliberdade. 7. Internação. 8. Conclusão. 9. Bibliografia.

1. Introdução

Constantemente os meios de comunicação divulgam que a sociedade está insegura e atemorizada diante da violência, especialmente a oriunda da criminalidade. Esses sentimentos são estimulados pela difusão e insistência no noticiário de fatos aterradores, transparecendo a idéia de que a delinquência violenta é generalizada. Tais sensações de insegurança e medo podem indicar a síndrome da vitimização, isto é, o cidadão passa a crer que a qualquer momento pode ser vítima de um ataque criminoso (JESUS, 1997).

Há uma estreita relação entre a sensação social de insegurança e o modo de proceder dos meios de comunicação que, segundo Silva Sanches (1999, p. 27), a partir da posição privilegiada que ostentam no seio da sociedade de informação e no marco de uma concepção do mundo como aldeia global, transmitem uma imagem da realidade em que o próximo e o distante têm uma presença quase idêntica na representação do receptor da mensagem. Isso acarreta, em algumas situações, percepções inexatas; em outras, em geral, uma sensação de impotência. Por outro lado, a reiteração e a própria atitude (dramatização, doença) com que se examinam determinadas notícias atuam de modo multiplicador dos ilícitos e das catástrofes, gerando uma insegurança subjetiva que não corresponde com o nível de risco objetivo.

A notícia virou espetáculo, não é informação. Essas tristes imagens das grandes cidades, veiculadas repetidamente pela mídia nacional, fomentam a insegurança até em locais onde os índices de criminalidade são modestos. A rebelião em uma unidade da Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor – FEBEM, na Cidade de São Paulo, noticiada com detalhes, provoca temor na pequena e distante comunidade do interior. O *glamour* que

se emprega na entrevista de jovens envolvidos no tráfico de substâncias entorpecentes no Rio de Janeiro, todos aparecendo fortemente armados, causa viva repugnância no pacato cidadão da longínqua cidade.

Apesar de enfatizar a divulgação dos delitos, o mesmo empenho não se verifica na informação das consequências (sanções) daí oriundas, redundando, por conseguinte, em uma feição de impunidade. Em específico sobre os adolescentes, a situação é agravada, pois, devido ao destaque dos atos infracionais, gerou-se a noção de que são os mesmos responsáveis por grande parte dos ilícitos, especialmente porque, segundo divulgado, os menores de dezoito anos não têm responsabilidade penal e de seus atos infracionais não decorrem consequências penais, o que alimenta a idéia de impunidade em relação a eles.

Em contrapartida, outros afirmam que a redução da idade penal não contribuirá para a diminuição da criminalidade. Acrescentam que, por razões humanitárias e biopsicológicas, o adolescente não pode se sujeitar às mesmas sanções cabíveis aos adultos.

Revela-se, mesmo entre os estudiosos do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, Lei nº 8.069/90, autêntica reserva em admitir que os adolescentes cometem crimes ou contravenções, apesar da literalidade do artigo 103. O preconceito avoluma-se em relação à (suposta) ausência de consequências diante da prática de atos infracionais, alimentando o afã catastrófico da situação e o temor do delito, desviando a atenção dos grandes problemas sociais e de seu adequado tratamento (MOLINA, 1992, p. 13).

Nesse aspecto, as discussões limitam-se à possibilidade ou não da redução da maioridade penal.¹ Porém, muito pouco se esclarece se as medidas socioeducativas são autênticas respostas penais, estimulando os detratores do ECA, rotulado de brando e ineficaz, gerando, também, vulnerabilidade no tratamento jurídico do adolescente infrator, que não se encontra protegido pelas garantias que o Direito Penal amealhou ao longo de sua lenta evolução histórica. Não é incomum nos depararmos com decisões que, v.g., afirmam a inexistência de prescrição (da pretensão punitiva ou executória) para atos infracionais ou dispensa de representação para crimes de ação penal pública condicionada.

O presente artigo pretende verificar se as medidas elencadas no artigo 112 do ECA (advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade e internação), aplicáveis aos adolescentes autores de atos infracionais (eufemismo de crimes e contravenções, segundo o artigo 103 do ECA), rotuladas socioeducativas², ostentam paradigma penal, não integrando o objeto

¹Discussão que se afigura estéril, diante do majoritário entendimento de que o artigo 228 da Constituição Federal constitui cláusula pétrea, conforme dispõe o artigo 69, § 4º, inciso IV, do diploma magno.

²Segundo divulgado pela Agência Câmara, em 21 de janeiro de 2005, está sendo analisado pela Comissão de Seguridade Social e Família o Projeto de Lei 1.244/03, do deputado João Alfredo (PT-CE), que altera a denominação de medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente para medidas psico-socio-educativas, como forma de recuperar o adolescente que tiver praticado infração. O autor da matéria justifica que o princípio que norteia a proposta é o fato de que a educação está intrinsecamente ligada aos aspectos afetivos

deste artigo as medidas específicas de proteção (artigo 101 do ECA), que, efetivamente, não pertencem ao gênero sanção penal.

2. Advertência (Art. 115 do ECA)

Também prevista no artigo 175 do Código Mello Mattos³ (1927) e no artigo 14, inciso I, do Código de Menores (1979), a advertência constitui uma admoestação verbal, reduzida a termo e assinada, com o propósito de instar o adolescente a se conscientizar dos riscos de envolvimento em atos infracionais, compelindo-o a evitar tal comportamento. A advertência é aplicável sempre que houver materialidade da infração e, diferente das demais medidas, apenas indícios suficientes da autoria⁴.

Em Portugal, a Lei Tutelar Educativa (Lei 166, de 14 de setembro de 1999), aplicável ao adolescente, com idade compreendida entre os 12 e os 16 anos, autor de fato qualificado pela lei como crime, prevê a medida tutelar educativa de admoestação (art. 9º), que consiste na advertência solene feita pelo Juiz ao menor, exprimindo o caráter ilícito da conduta e o seu desvalor e consequências e exortando-o a adequar o seu comportamento às normas e valores jurídicos e a inserir-se, de uma forma digna e responsável, na vida em comunidade.

Na Espanha, segundo Cunha (2001), aos infratores também é cabível a medida de admoestação, ocasião em que o Juiz, em ato único que tem lugar na sede judicial, manifesta ao menor de modo concreto e claro as razões que fazem socialmente intoleráveis os fatos cometidos, expõe-lhe as consequências que para ele e para a vítima tenham ou que pudessem ter havido e lhe formula recomendações para o futuro.

Não há penas similares às existentes no Brasil, mas ostenta o mesmo objetivo e formalidade da audiência admonitória da suspensão condicional da pena, conforme art. 703 do Código de Processo Penal e art. 160 da Lei de Execução Penal - Lei nº 7.210/84: “Transitada em julgado a sentença condenatória, o Juiz a lerá ao condenado, em audiência, advertindo-o das consequências de nova infração penal e do descumprimento das condições impostas”.

A advertência, aplicável aos adolescentes infratores no Brasil, é tipo de pena alternativa cominada com frequência nas legislações estrangeiras aos imputáveis, rotulada admoestação ou repreensão – pública ou privada (JESUS, 1997, p. 172). Dotti (1998, p. 513) explica que a admoestação é uma das mais eficazes medidas de fundo moral e que se presta para reagir a um tipo de criminalidade leve cometida por certos autores (lesões corporais,

e à qualidade dos vínculos que se estabelecem entre o professor e o aluno ou entre qualquer pessoa envolvida na relação educando-educador.

³Com base no trabalho de José Cândido de Albuquerque Mello Mattos, o Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, criou o primeiro Código de Menores do Brasil.

⁴Conforme o art. 239 do CPP, “Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”.

ilícitos contra a honra, ameaça, dano, receptação culposa etc.). Em alguns sistemas, essa alternativa é designada como advertência ou repreensão. No Direito espanhol estão previstas como espécies de sanção moral a repreensão pública e a repreensão privada. A primeira impõe-se pessoalmente na audiência a portas abertas e a segunda a portas fechadas. Também nos países socialistas, a repreensão em forma pública foi adotada expressamente (Código da Rússia - art. 22). Salutar, portanto, seu cunho penal.

3. Obrigação de Reparar o Dano (Art. 116 do ECA)

O revogado Código de Menores de 1979 dispunha, em seu artigo 103, que “[...] sempre que possível e se for o caso, a autoridade judiciária tentará, em audiência com a presença do menor, a composição do dano por este causado, não tendo, por conseguinte, caráter de medida ‘sancionatória’, mas sim de efeito secundário da infração, constituindo título executivo judicial”.

Aplicável, segundo o ECA, para atos infracionais com reflexos patrimoniais, consistente na restituição da coisa, ressarcimento do dano ou qualquer outra forma de compensação do prejuízo da vítima. É medida recomendada para adolescentes com patrimônio próprio, pois, do contrário, recairá sobre o patrimônio dos pais que, civilmente, já são os responsáveis pelo ressarcimento do dano, tornando inócua a medida ao infrator. Segundo Pietrocolla (2000, p. 39) os operadores do ECA consideram pouco recomendável a aplicação dessa medida, pois, envolvendo recursos financeiros, a punição não recai sobre o infrator mas sim sobre os seus pais. Muito mais abrangente e de melhor qualidade é a Lei Tutelar Educativa (Lei 166, de 14 de setembro de 1999) de Portugal, em que a Reparação do Ofendido (art. 11º) consiste em o menor:⁵

-
- a) apresentar desculpas ao ofendido;
 - b) compensar economicamente o ofendido, no todo ou em parte, pelo dano patrimonial;
 - c) exercer, em benefício do ofendido, actividade que se conexione com o dano, sempre que for possível e adequado.
- 2 – A apresentação de desculpas ao ofendido consiste em o menor exprimir o seu pesar pelo facto, por qualquer das seguintes formas:
- a) manifestação, na presença do juiz e do ofendido, do seu propósito de não repetir factos análogos;
 - b) satisfação moral ao ofendido, mediante acto que simbolicamente traduza arrependimento.
- 3 – O pagamento de compensação económica pode ser efectuado em prestações, desde que não desvirtue o significado da medida, atendendo o juiz, na fixação do montante da compensação ou da prestação, apenas às disponibilidades económicas do menor.
- 4 – A actividade exercida em benefício do ofendido não pode ocupar mais de dois

⁵ Menor é o termo utilizado pela legislação portuguesa e aqui adotada sem se deixar levar pelo frágil argumento da estigmatização.

dias por semana e três horas por dia e respeita o período de repouso do menor, devendo salvaguardar um dia de descanso semanal e ter em conta a frequência da escolaridade, bem como outras actividades que o tribunal considere importantes para a formação do menor.

5 – A actividade exercida em benefício do ofendido tem o limite máximo de doze horas, distribuídas, no máximo, por quatro semanas.

6 – A medida de reparação nas modalidades previstas nas alíneas b) e c) do n.º 1 exige o consentimento do ofendido.

O direito espanhol também prevê ao menor infrator a reparação do dano em favor do ofendido, assim também como a conciliação que, inexistente no direito estatutário brasileiro, consiste em pedido de desculpas para satisfação psicológica da vítima, mediante sua aceitação.

Tal medida socioeducativa corresponde ao efeito genérico da condenação dos imputáveis, estabelecido no artigo 91, inciso I, do Código Penal, guardando também similitude com a pena restritiva de direitos de prestação pecuniária, prevista no artigo 45, § 1º, do mencionado diploma, com a redação conferida pela Lei nº 9.714, de 25/11/1998. Constitui reparação civil, travestida de sanção penal, sendo absolutamente inócua, pois a legítima preocupação com a situação da vítima é atendida mais facilmente com a obtenção da indenização junto ao juízo cível. Em relação aos adolescentes, a medida é invariavelmente suportada por terceiros, especialmente os pais, gerando ao infrator autêntica sensação de impunidade, além de afrontar o princípio penal da responsabilidade pessoal (artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal).

4. Prestação de Serviços à Comunidade (Art. 117 do ECA)

A prestação de serviços à comunidade é uma das inovações do ECA, pois não era regulada no Código de Menores de 1979. Consiste na realização de tarefas gratuitas de interesse geral, por período não excedente a seis meses, junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, bem como em programas comunitários ou governamentais, respeitando as aptidões do adolescente e jornada máxima de oito horas semanais, em dias que não prejudiquem a frequência à escola ou jornada normal de trabalho.

É uma das principais alternativas à internação, especialmente diante de seu fácil controle e baixo custo, pois a fiscalização é exercida pela própria entidade beneficiada, que se encarrega de elaborar relatório das atividades dos adolescentes, comunicando, também, eventual descumprimento da medida. Apesar da sua inequívoca importância relata Pietrocolla (2000, p. 39) que:

A inexistência de programas e de convênios com entidades que recebam os jovens infratores levou um grupo de promotores a tomar a iniciativa de firmar convênios. Como isto não foi possível, devido a um conjunto de entraves burocráticos, foram levados a firmar parcerias informais com diretores de escolas, criando, desse modo,

uma oferta de vagas para prestação de serviços comunitários em escolas públicas.

[...] a deficiência na criação e gestão das vagas impede, de acordo com vários entrevistados, que essa medida possa ser aplicada com mais frequência, embora seja a melhor de todas as medidas sócio-educativas, na visão de alguns.

[...] uma observação ainda muito frequente sobre as condições em que se realiza a PSC diz respeito à rejeição e à discriminação que a sociedade brasileira alimenta em relação ao jovem infrator. Basta lembrar o medo e a insegurança provocadas nas pessoas por ocasião da instalação das unidades da Febem nas cidades do interior. Existe um medo difuso de todos em relação aos infratores em geral e, especialmente aos jovens, tidos no imaginário como os mais perigosos[...] No caso das escolas, por exemplo, foi mencionado a presença de um certo medo – desde a direção até os pais – de que os jovens em PSC possam influenciar negativamente crianças e jovens.

A Lei Tutelar Educativa Portuguesa (Lei 166/99) regula nos seguintes moldes as prestações económicas ou tarefas a favor da comunidade (art. 12º):

1 – A medida de prestações económicas ou de realização de tarefas a favor da comunidade consiste em o menor entregar uma determinada quantia ou exercer actividade em benefício de entidade, pública ou privada, de fim não lucrativo.

2 – A actividade exercida tem a duração máxima de sessenta horas, não podendo exceder três meses.

3 – A realização de tarefas a favor da comunidade pode ser executada em fins-de-semana ou dias feriados.

No direito espanhol, segundo o disposto no artigo 25.2 da Constituição, a medida somente pode ser imposta mediante consentimento do menor, guardando similitude com o direito pátrio nos demais aspectos. O Código Penal brasileiro regula a prestação de serviços à comunidade no artigo 46, da seguinte forma:

Art. 46. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a 6 (seis) meses de privação da liberdade.

§ 1º. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado.

§ 2º. A prestação de serviço à comunidade dar-se-á em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais.

§ 3º. As tarefas a que se refere o § 1º serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho.

Percebe-se, com facilidade, que a prestação de serviços à comunidade regulada pelo ECA difere, apenas, no tempo de sua duração quando em comparação com a regulada pelo Código Penal.

5. Liberdade Assistida (Art. 118 do ECA)

Prevista no artigo 100 do Código Mello Mattos (1927), então aplicável também aos abandonados, passou a figurar no artigo 38 do Código de Menores (1979) com a atual terminologia. Apesar de antiga, é das medidas mais festejadas pela doutrina e, potencialmente, com melhores condições de êxito, pois além de ser cumprida em liberdade junto a família, interfere, por meio de orientador, na realidade familiar e social do adolescente, destinando-se, em princípio, aos passíveis de recuperação em meio livre, sempre que se afigurar a medida mais adequada, para o fim de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente, pelo prazo mínimo de seis meses, com a possibilidade de ser prorrogada, renovada ou substituída por outra medida. Ao orientador, pessoa capacitada e designada para acompanhar o caso, com o apoio e supervisão da autoridade competente, incumbe:

- I - promover socialmente o adolescente e sua família, fornecendo-lhes orientação e inserindo-os, se necessário, em programa oficial ou comunitário de auxílio e assistência social;
- II - supervisionar a frequência e o aproveitamento escolar do adolescente;
- III - diligenciar no sentido da profissionalização do adolescente e de sua inserção no mercado de trabalho;
- IV – apresentar relatório do caso.

Na prática, porém, a realidade é outra. Conforme relata Pietrocolla (2000, p. 42):

Toda a carência de infra-estrutura acaba, segundo os entrevistados, por transformar a LA em uma atividade burocrática, na qual o adolescente comparece uma vez por mês no posto para receber um 'carimbo em sua carteirinha'. Em algumas entrevistas, descreve-se a LA como correlata do sursis para os adultos [...].

Também o jovem infrator é visto como obstáculo à eficácia da LA. Nesse sentido, aponta-se a carreira na delinquência, a periculosidade e mesmo a falta de responsabilidade e maturidade como impeditivos do sucesso da medida em meio aberto [...]. Ainda que a liberdade assistida fosse eficaz, o contexto da violência presente na comunidade onde geralmente vive o jovem tende a neutralizar o efeito que ela poderia ter, segundo um dos entrevistados.

Corresponde ao acompanhamento educativo (art. 16º) da Lei Tutelar Portuguesa (Lei nº 166, de 14 de setembro de 1999) que consiste:

- 1 – [...] na execução de um projecto educativo pessoal que abranja as áreas de intervenção fixadas pelo tribunal.
- 2 – O tribunal pode impor ao menor sujeito a acompanhamento educativo regras de conduta ou obrigações, bem como a frequência de programas formativos.
- 3 – O projecto é elaborado pelos serviços de reinserção social e sujeito a homologação judicial.
- 4 – Compete aos serviços de reinserção social supervisionar, orientar, acompanhar e apoiar o menor durante a execução do projecto educativo pessoal.
- 5 – A medida de acompanhamento educativo tem a duração máxima de três meses e máxima de dois anos.

6 – No caso de o tribunal impor ao menor a frequência de programas formativos é correspondentemente aplicável o disposto no n.º 3 do artigo 15.º.

No direito espanhol, a medida correspondente é rotulada *liberdade vigiada*, sujeitando o infrator à supervisão e vigilância de pessoal especializado, com vistas à aquisição de habilidades e atitudes necessárias para um correto desenvolvimento pessoal e social.

No Brasil, a liberdade assistida aproxima-se, inequivocamente, das condições estabelecidas no período de prova da suspensão condicional do processo (art. 89, § 1º, da Lei nº 9.099/95) e suspensão condicional da pena (art. 78 do Código Penal). Dispõe o Código Penal:

Art. 78. Durante o prazo da suspensão, o condenado ficará sujeito à observação e ao cumprimento das condições estabelecidas pelo juiz.

§ 1º. No primeiro ano do prazo, deverá o condenado prestar serviços à comunidade (artigo 46) ou submeter-se à limitação de fim de semana.

§ 2º. Se o condenado houver reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, e se as circunstâncias do artigo 59 deste Código lhe forem inteiramente favoráveis, o juiz poderá substituir a exigência do parágrafo anterior pelas seguintes condições, aplicadas cumulativamente:

- a) proibição de freqüentar determinados lugares;
- b) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz;
- c) comparecimento pessoal e obrigatório ao juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

.....
Art. 89.

§ 1º. Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de freqüentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a Juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

.....
§ 2º. O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

A suspensão condicional (*sursis*⁶) é um direito que o sentenciado possui de, preenchidos os pressupostos legais, obter a suspensão da execução da pena imposta, por um prazo determinado, como substitutivo da pena privativa de liberdade, diante do potencial caráter degenerador da sua execução. Sua natureza jurídica é controversa: direito público subjetivo do sentenciado, condição resolutiva, causa *sub conditione* de extinção da punibilidade, meio de adaptação individual da pena, ato de ajustamento da pena ou medida penal de natureza restritiva da liberdade, de cunho repressivo e preventivo. Sua semente encontra-

⁶ O termo *sursis*, freqüentemente utilizado, é de autoria de Béranger, que intitulou o instituto como *sursis à l'exécution de la peine*.

se no Direito romano, em que, no crime de incêndio, era facultativa a substituição da pena corporal de fustigação pela *severa interlocutio* (moral), transformado, por Justiniano, em mera admoestação judicial. Essa admoestação foi adotada pelo Direito Canônico (*monitio canonica*), que permitia aos juízes eclesiásticos determinar a suspensão de todas as penas temporais e espirituais, desde que o condenado implorasse perdão e sob condição de que não mais praticasse os mesmos atos. Aliás, essa prática não era baseada na legislação, mas sim no direito consuetudinário, pois os juízes, naquela época, tinham o direito de legislar.

Fonte inequívoca do *sursis* é a legislação de correção de menores do Estado de Massachusetts (EUA), de 1869, aplicada aos adultos por lei de maio de 1891 (*probation office dos adults*). Antes disso, na Inglaterra, desde 1847, existiam as mesmas regras (*Juvenile Offenders Act*), consagradas em 1879 (*Summary Jurisdiction Act*), estendidas a outros crimes em 1886⁷.

No Brasil, em julho de 1906, o professor Esmeraldino Bandeira apresentou projeto de lei regulando a suspensão da execução da pena, que, porém, não prosperou. Em 5 de setembro de 1822 o presidente Epitácio Pessoa, por delegação do Congresso Nacional, aprovou o Decreto nº 4.577, regulando o instituto que não fora utilizado. Em 1924, já sob a presidência de Artur Bernardes, por iniciativa do Ministro da Justiça João Luiz Alves (um dos grandes nomes do Direito Civil brasileiro), fora publicado o Decreto nº 16.588/24, rotulando o instituto como *condenação condicional*, pois, após o cumprimento das condições, o agente retomava a condição de primário, sendo a condenação tida por inexistente. A suspensão abrangia, inclusive, a pena de multa. Segundo Almeida (2004),

[...] trata-se o velho *sursis*, atualmente remodelado e revalorizado (pela Lei nº 7.209/84), de mais uma medida penal, tipicamente sancionatória, substitutiva da pena privativa de liberdade que, em algumas situações, se mostra mais favorável ao condenado[...]. Alcançado-o, agora, à condição de pena, o legislador colocou-o em pé de igualdade com as penas restritivas de direitos, embora sejam estas preferidas na ordem de substituição à privativa de liberdade, pelo próprio Código Penal, o que nem sempre vem sendo observado pelo julgador.

Continua o professor da UFMA afirmando que “[...] o *sursis*, atualmente, não é só um benefício, mas sanção condicional substitutiva da pena privativa de liberdade. Sendo o *sursis* uma pena condicional, não está o condenado obrigado a aceitá-lo, muito menos às suas condições”. Até a origem da suspensão condicional da pena (legislação norte-americana de correção de menores) revela sua aproximação com a liberdade assistida. Inegável seu cunho penal.

⁷ Na Bélgica, em 1888, foi aprovada a lei que previa a suspensão condicional da pena, semelhante ao projeto apresentado na França por Bérenger. Aliás, na França, apesar do primeiro projeto ter sido apresentado por Bérenger em 1884, somente em 1891 fora aprovada a lei respectiva.

6. Semiliberdade (Art. 120 do ECA)

Regulada pelo artigo 39 do Código de Menores (1979) como forma de transição da internação para o meio aberto, no ECA a semiliberdade é aplicável por prazo indeterminado, podendo ser fixada desde o início ou como forma de transição do internado para o meio aberto, consistindo, portanto, em meio termo entre a privação da liberdade e a convivência com a família e comunidade, sendo que o adolescente exerce atividades externas durante o dia (obrigatoriamente escolarização e a profissionalização), independentemente de autorização judicial, recolhendo-se no período noturno à entidade de atendimento.

Tem por objetivo evitar a internação, sendo adequada para casos em que a desestrutura familiar compromete o tratamento, como, por exemplo, quando: “a) família não apresenta condições de assumir o infrator e ajudar a sua reinserção; b) no local de residência da família o assistido está correndo risco de vida (sic); c) o adolescente não tem qualquer pessoa que por ele possa se responsabilizar” (MOUSNIR apud COSTA, [S.d.]). Conforme Pietrocolla (2000, p. 45),

[...] do mesmo modo que a liberdade assistida, a medida de semi-liberdade é considerada pouco eficaz. De modo geral, as razões dessa ineficácia são as mesmas apontadas nas críticas à LA e, de modo específico, falam da inexistência de programas pedagógicos que possam envolver, durante o dia, os jovens na escola, em cursos profissionalizantes, em atividades esportivas e de lazer, conforme faixa etária e interesses[...]

Uma outra crítica à essa medida refere-se à obrigatoriedade estabelecida no pernoite na Febem. Para alguns entrevistados, deveria ser o inverso, ou seja, o jovem deveria participar de atividades pedagógicas durante o dia na Febem e retornar à noite ao convívio familiar, o que favoreceria o estreitamento dos vínculos familiares. Todavia, em casos de famílias consideradas ‘desestruturadas’, foi mencionado que o bar acaba sendo o local preferido do jovem, onde encontra os seus companheiros e os apelos às novas infrações[...] São essas, provavelmente, algumas das *principais razões pelas quais se pode entender o alto índice de evasão, avaliado em 50%*.

No Direito português (Lei Tutelar 166/99) é aplicável ao infrator a medida de internamento (art. 17º) em regime aberto, pelo prazo mínimo de três meses e máximo de dois anos, que visa proporcionar ao menor, por via do afastamento temporário do seu meio habitual e da utilização de programas e métodos pedagógicos, a interiorização de valores conformes ao direito e à aquisição de recursos que lhe permitam, no futuro, conduzir a sua vida de modo social e juridicamente responsável. Segundo o artigo 167º, nos centros educativos de regime aberto os menores residem e são educados no estabelecimento, mas frequentam no exterior, preferencialmente, atividades escolares, educativas ou de formação, laborais e desportivas, podendo obter autorização para saída sem acompanhamento por períodos de férias ou de fim-de-semana com os pais.

A semiliberdade corresponde exatamente ao *internamento em regime aberto* do Direito espanhol, implicando “[...] que o menor levará a cabo todas as atividades do projeto

educativo nos serviços normalizados no entorno, residindo no centro como domicílio habitual” (CUNHA, 2001). Suas regras são basicamente as mesmas do regime aberto da pena privativa de liberdade, consubstanciado no artigo 36 do Código Penal:

Art. 36. O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado.

§ 1º. O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga.

Concluimos que a terminologia internamento em regime aberto adotada no Direito português e no Direito espanhol é mais precisa, não se valendo do eufemismo tão frequente do Estatuto da Criança e do Adolescente. Trata-se, portanto, da prisão aberta, que, segundo Muakad (1998) tem as seguintes vantagens:

- a) o sentenciado não perde contato com a família e o ambiente social;
- b) desenvolvimento do senso de responsabilidade;
- c) trabalho fora do presídio, combatendo a ociosidade;
- d) é menos onerosa do que a prisão fechada;
- e) evitar a superpopulação carcerária.

Porém, a prisão aberta, que, sem dúvida, é o espírito da semiliberdade, elenca os seguintes inconvenientes:

- a) incremento da possibilidade de fuga;
- b) mau uso que o interno pode fazer com o mundo externo;
- c) risco de aplicação indiscriminada, colaborando com o aumento da tolerância e condescendência na execução da pena;
- d) individualização inexistente ou inadequada.

Comprovando que a semiliberdade do ECA nada mais é do que prisão aberta, basta consultar o artigo 38, § 3º, do Código Penal de 1969, que descrevia:

Art. 39. O estabelecimento penal aberto será instalado, de preferência, nas cercanias de centro urbano. Nele cumprirão pena, em regime de *semiliberdade*, os condenados por tempo inferior a seis anos de reclusão ou oito anos de detenção, que sejam de escassa ou nenhuma periculosidade. (grifo nosso).

Desta forma, estamos diante de mais uma medida de caráter penal.

7. Internação (Art. 121 do ECA)

A mais severa das medidas socioeducativas pressupõe observância do *devido processo legal*, devendo a decisão fundar-se em três princípios básicos (LEAL, 1996, p. 19):

- a) brevidade - a medida não comporta prazo determinado, tendo limite máximo de

três anos, devendo sua manutenção ser reavaliada, mediante decisão fundamentada, no máximo a cada seis meses, que poderá tanto permitir o reingresso do adolescente no meio familiar e comunitário ou mantê-lo afastado por mais seis meses. Se forem atingidos os três anos de internação, o adolescente deverá ser libertado, colocado em regime de semiliberdade ou de liberdade assistida. A liberação é compulsória quando o infrator completar vinte e um anos de idade. A internação cautelar (art. 185, § 2º, do ECA) possui prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias;

b) excepcionalidade – a internação é admissível quando se tratar de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa, ou por reiteração no cometimento de outras infrações graves, ou por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta (nesta hipótese a internação não poderá ser superior a três meses), como última alternativa, sendo vedada se houver outra medida adequada;

c) respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento – sendo o adolescente pessoa em formação, o estabelecimento de internação deve proporcionar ao mesmo condições necessárias para seu normal desenvolvimento. Para tanto, a internação deverá ser cumprida em entidade exclusiva para adolescentes, em local distinto daquele destinado ao abrigo, obedecida rigorosa separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração. Durante o período da internação, inclusive provisória, serão obrigatórias atividades pedagógicas.

Apesar do regime fechado, permite-se a realização de atividades externas, a critério da equipe técnica da entidade de internação, exceto quando vedadas expressamente pelo magistrado. Os operadores do ECA identificam que:

[...] embora se considere que o Estado não ofereça meios para a reeducação, as internações rápidas poderiam ajudar na reflexão e na orientação dos jovens, sendo às vezes uma forma de controle social na sua educação. Se uns propugnam as internações rápidas como um método construtivo na formação dos jovens, outros consideram que três anos de internação é pouco para casos perigosos. Como se vê, tanto uns quanto outros consideram a internações como uma experiência positiva, seja para o jovem, seja para a sociedade... o princípio da excepcionalidade da internação ainda não se realiza no imaginário dos operadores. A privação da liberdade continua sendo o parâmetro para a aplicação das medidas sócio-educativas. (PIETROCOLLA, 2000, p. 26)

Pode-se aferir na legislação portuguesa (art. 17º da Lei Tutelar 166/99) que a “[...] medida de internamento em regime fechado” é aplicável quando se verificarem cumulativamente os seguintes pressupostos:

- a) ter o menor cometido fato qualificado como crime a que corresponda pena máxima, abstratamente aplicável, de prisão superior a cinco anos ou ter cometido dois ou mais fatos contra as pessoas qualificados como crimes a que corresponda pena máxima, abstratamente aplicável, de prisão superior a três anos; e
- b) ter o menor idade superior a 14 anos à data da aplicação da medida.

O artigo 18º da lei lusitana assegura que o *internamento em regime fechado* tenha a duração mínima de seis meses e a máxima de dois anos, salvo quando o menor tiver praticado fato qualificado como crime a que corresponda pena máxima, abstratamente aplicável, de prisão superior a oito anos, ou dois mais fatos qualificados como crimes contra as pessoas a que corresponda a pena máxima, abstratamente aplicável, de prisão superior a cinco anos, quando terá a duração máxima de três anos.

No Direito espanhol, segundo Cunha (2001, p. 3), as medidas de internamento respondem a uma maior periculosidade, manifestada na natureza peculiarmente grave dos fatos cometidos, caracterizados nos casos mais destacados pela violência, a intimidação ou o perigo para as pessoas. O objetivo prioritário da medida é dispor de um ambiente que proveja das condições educativas adequadas para que o menor possa reorientar aquelas disposições ou deficiências que tenham caracterizado seu comportamento anti-social, quando para ele seja necessário, ao menos de maneira temporária, assegurar a permanência do infrator em um regime fisicamente restritivo de sua liberdade. A maior ou menor intensidade de tal restrição de lugar aos diversos tipos de internamento estão previstos na lei espanhola. O internamento em regime fechado pretende a aquisição por parte do menor dos suficientes recursos de competência social para permitir um comportamento responsável na comunidade, mediante uma gestão de controle em um ambiente restritivo e progressivamente autônomo.

No Brasil, as regras da internação previstas no ECA correspondem às estatuídas ao regime fechado da pena privativa de liberdade (artigo 34 do Código Penal).

O artigo 100 do ECA (aplicável à internação por força do disposto no artigo 113), definindo que tal medida deve levar em conta as necessidades pedagógicas do infrator, visando o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários, não destoa do propósito da Lei de Execução Penal (LEP - Lei nº 7.210/84)⁸, que tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado (art. 1º). Os direitos do adolescente privado de liberdade previstos no art. 124 do ECA são os mesmos que estão assegurados aos imputáveis condenados e presos provisórios nos arts. 3º, 10, 11 e 41 da LEP:

Artigo 124. São Direitos do adolescente privado de liberdade, entre outros, os seguintes:

- I - entrevistar-se pessoalmente com o representante do Ministério Público;
- II - peticionar diretamente a qualquer autoridade;
- III - avistar-se reservadamente com seu defensor;
- IV - ser informado de sua situação processual, sempre que solicitada;
- V - ser tratado com respeito e dignidade;

⁸Item 14 da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal: “[...] sem questionar profundamente a grande temática das finalidades da pena, curva-se o Projeto, na esteira das concepções menos sujeitas à polêmica doutrinária, ao princípio de que as penas e medidas de segurança devem realizar a proteção dos bens jurídicos e a *reincorporação do autor à comunidade*”. (grifo nosso).

- VI - permanecer internado na mesma localidade ou naquela mais próxima ao domicílio de seus pais ou responsável;
- VII - receber visitas, ao menos semanalmente;
- VIII - corresponder-se com seus familiares e amigos;
- IX - ter acesso aos objetos necessários à higiene e asseio pessoal;
- X - habitar alojamento em condições adequadas de higiene e salubridade;
- XI - receber escolarização e profissionalização;
- XII - realizar atividades culturais, esportivas e de lazer;
- XIII - ter acesso aos meios de comunicação social;
- XIV - receber assistência religiosa, segundo a sua crença, e desde que assim o deseje;
- XV - manter a posse de seus objetos pessoais e dispor de local seguro para guardá-los, recebendo comprovante daqueles porventura depositados em poder da entidade;
- XVI - receber, quando de sua desinternação, os documentos pessoais indispensáveis à vida em sociedade.

Art. 3º. Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.

Art. 11. A assistência será:

- I - material;
- II - à saúde;
- III - jurídica;
- IV - educacional;
- V - social;
- VI - religiosa.

Art. 40. Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.

Art. 41. Constituem direitos do preso:

- I - alimentação suficiente e vestuário;
- II - atribuição de trabalho e sua remuneração;
- III - previdência social;
- IV - constituição de pecúlio;
- V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;
- VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;
- VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;
- VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;
- IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;
- X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;
- XI - chamamento nominal;

- XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;
- XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;
- XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;
- XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.

Tal constatação constitui efetivação das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e Juventude (Regras de Beijing, Resolução 40/33, de 1985), que estatui:

27.1 – Em princípio, as Regras Mínimas para o Tratamento dos Prisioneiros e as recomendações conexas serão aplicáveis, sempre que for pertinente, ao tratamento dos jovens infratores institucionalizados, inclusive os que estiverem em prisão preventiva⁹.

A consideração de que a internação prevista no ECA é autêntica privação de liberdade, de cunho penal, portanto, não constitui violação a outras regras internacionais de proteção à infância e juventude, que admitem, inclusive, sanções mais rigorosas, como a prisão perpétua e a pena de morte, desde que passíveis de livramento. Declara a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (Resolução 44/25, de 20 de novembro de 1989), na Parte I:

Artigo 37 - Os Estados Partes zelarão para que:

- a) nenhuma criança seja submetida à tortura nem a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. *Não será imposta a pena de morte, nem a prisão perpétua sem possibilidade de livramento por delitos cometidos por menores de dezoito anos de idade;*
- b) nenhuma criança seja privada de sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária. A detenção, a reclusão ou a prisão de uma criança serão efetuadas em conformidade com a lei e apenas como último recurso, e durante o mais breve período de tempo que for apropriado;
- c) toda criança privada de liberdade seja tratada com a humanidade e o respeito que merece a dignidade inerente à pessoa humana, e levando-se em consideração as necessidades de uma pessoa de sua idade. Em especial, toda criança privada de sua liberdade ficará separada dos adultos, a não ser que tal fato seja considerado contrário aos melhores interesses da criança, e terá direito a manter contato com sua família por meio de correspondência ou de visitas, salvo em circunstâncias excepcionais;
- d) toda criança privada de sua liberdade tenha direito a rápido acesso à assistência jurídica e a qualquer outra assistência adequada, bem como direito a impugnar a legalidade da privação de sua liberdade perante um tribunal ou outra autoridade competente, independente e imparcial e a uma rápida decisão a respeito de tal ação. (grifo nosso).

Ainda no plano internacional, o Oitavo Congresso das Nações Unidas Sobre a Prevenção

⁹A Resolução 43/173, de 9 de dezembro de 1988, aprovada pela Assembleia Geral da ONU, estabelece o conjunto de princípios para a proteção de todas as pessoas submetidas a qualquer forma de detenção ou prisão.

do Delito e do Tratamento do Delinqüente aprovou as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade, descrevendo:

11. Devem ser aplicadas, aos efeitos das presentes Regras, as seguintes definições:
- a) Entende-se por jovem uma pessoa de idade inferior a 18 anos. A lei deve estabelecer a idade-limite antes da qual a criança não poderá ser privada de sua liberdade;
 - b) *Por privação de liberdade*, entende-se toda forma de detenção ou prisão, assim como a *internação em outro estabelecimento* público ou privado, de onde não se permita a saída livre do jovem, ordenado por qualquer autoridade judicial, administrativa ou outra autoridade pública. (grifo nosso).

Portanto, não resta dúvida, a internação do ECA é autêntica medida privativa de liberdade. O propósito de *reeducação da internação*, conforme previsto no ECA, constitui o fim de prevenção especial positiva, o chamado modelo ressocializador, que sustenta que a pena é instrumento útil para evitar que o infrator volte a delinqüir, com adoção de sanções admonitórias, ou mediante a ressocialização do condenado através de tratamento terapêutico individualizado. Propõe uma intervenção positiva no condenado, procurando habilitá-lo para participar da sociedade, sem provocar estigmatização ou invadir sua autonomia ou personalidade. Porém, oportuna a lição de Dotti (1998, p.113):

[...] a esperança (honesta ou simulada) de alcançar a ‘recuperação’, ‘ressocialização’, ‘readaptação’, ‘reinserção’ ou ‘reeducação social’ e outras designações otimistas de igual gênero, penetrou formalmente em sistemas normativos com proclamações retóricas em modernas constituições, códigos penais e leis penitenciárias sem que a execução prática das medidas corresponda aos anseios de ‘recuperação’ que não raramente se exaurem na literalidade dos textos.

A ideologia da salvação do condenado tem sido incensada às alturas, mas também denunciada com um dos grandes mitos dos projetos de prevenção. Muito apropriadamente Elías Neuman admite que ‘a readaptação social do delinqüente’ é uma das expressões que conquistou fácil trânsito jurídico e está apoiada sobre um consenso mas que, na verdade, é ‘una de las muletillas legales más vacías de contenido em lo que va del siglo’.

Apesar do questionável (quicá condenado e sem dúvida desacreditado) propósito correccionalista, mas coerente com tal ideologia do tratamento pregada pelos adeptos da prevenção especial positiva da pena, o ECA, no artigo 121, § 2º, adota a internação como medida (sanção penal) por prazo relativamente indeterminado, ou seja, a reavaliação semestral deve aferir a eficácia da *correção* ao qual foi submetido o adolescente. Em caso de *eficácia*, ocorre a liberação. Do contrário, é mantida a internação, para continuação do *tratamento* do adolescente, pelo prazo máximo de três anos. Segundo Pietrocolla (2000, p. 35):

Sobre a função das medidas socioeducativas parece haver um consenso entre os entrevistados: ela objetiva reeducar e ressocializar aqueles que infringiram a lei. Entretanto, as concepções de reeducação e ressocialização que se revelam nos argumentos apresentam múltiplos sentidos que parecem decorrer das visões de mundo sobre a

justiça já enunciadas: uma que privilegia a retribuição aos atos infracionais e a outra que privilegia a produção social da infração.

A sanção penal relativamente indeterminada não é novidade no direito pátrio, pois foi assim prescrita no Código Penal de 1969:

Art. 64 – Tratando-se de criminoso habitual ou por tendência, a pena a ser imposta será por tempo indeterminado. O juiz fixará a pena correspondente ao crime cometido, que constituirá a duração mínima da pena privativa de liberdade, não podendo ser inferior à metade da soma do mínimo com o máximo continuados.

§ 1º – A duração da pena indeterminada não poderá exceder a dez anos, após o cumprimento da pena fixada na sentença.

Segundo a Exposição de Motivos do Código Penal de 1969, item 26,

[...] com tal pena transfere-se a individualização para momento posterior à sentença, considerando a impossibilidade de determinar, rigorosamente, a medida da culpabilidade do agente e o momento em que estarão atingidas as exigências da retribuição e da reparação, inclusive da reparação social do delinqüente, que se deve realizar sempre por via judicial.

Percebe-se, assim, que o propósito de correção (reeducação) da internação – além de sua (relativa) indeterminação – possui ardorosos defensores quando se trata de sua aplicação ao Estatuto da Criança e do Adolescente, apesar do descrédito na aplicação de tais institutos aos imputáveis.

Incoerência maior reside na estipulação e reconhecimento, pelo próprio ECA, da liberdade conferida aos infantes (artigo 16), que, posteriormente, é desconsiderada quando se pretende a sua *reeducação* por intermédio da internação por prazo indeterminado.

Aqui, há uma equiparação com os inimputáveis por doença mental, que são submetidos à internação psiquiátrica ou tratamento ambulatorial também por prazo indeterminado (art. 97, § 1º, do Código Penal), com exame de verificação de cessação da periculosidade no período de 1 a 3 anos.

Sobre a liberdade de ação do adolescente, esclarece Silva (2000) que seu fundamento acha-se no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, quando diz que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, que revela duas dimensões: uma explícita, que é o princípio da legalidade, e outra subentendida, que é a liberdade de ação, ou seja, liberdade de fazer, liberdade de atuar, liberdade de agir. Vale dizer que todos (incluindo, evidentemente, crianças e adolescentes) têm a liberdade de fazer e de não fazer o que bem entenderem, salvo quando a lei determine o contrário.

Será que a liberdade de autonomia, valores, idéias e crenças (art. 17 do ECA) asseguradas aos adolescentes somente são sustentáveis quando não há opção pela prática de crimes ou

contravenções ? O respeito à dignidade humana, portanto, deve considerar que a defesa da ordem social deve ser feita através de mecanismos que permitam ao infrator alterar sua atitude e comportamentos, se assim o desejar (ALMEIDA, 2000, p. 150). Conforme Hassemer (1994, p. 58):

Como meio utilizado pelo Direito Penal e em íntima ligação com a execução penal, a ressocialização constitui uma atividade compulsória para o paciente, um tratamento imposto, uma tentativa de arrebatar o preso não apenas no corpo mas também na alma e mais: almeja exorcizar seu estilo de vida e seus modelos de comportamentos específicos da classe baixa a que pertence. Se a tudo isto se acrescenta que *respeitáveis representantes da idéia de ressocialização acabam propugnando a pena de duração incerta (porque o término da pena deve ser calculado em sintonia com as teorias de socialização, com base no concreto êxito da recuperação, e não com base no abstrato princípio da proporcionalidade), de duvidosa constitucionalidade, e se, por fim, se lança o olhar sobre todo o panorama que se descortina sobre pano de fundo da incerta eficácia da recuperação na execução penal, então não fica difícil compreender por que razão a ideologia da recuperação não atravessou imune a era do Direito Penal voltado para as conseqüências.* (grifo nosso).

Aleatório mesmo é o prazo máximo de internação em três anos, que não encontra fundamento em qualquer patamar científico, residindo em pura opção de política criminal, assim também como adotado pelo artigo 75 do Código Penal, que estipula em trinta anos o tempo máximo de cumprimento da pena privativa de liberdade. Desta forma, nada impede sua alteração para prazo menor ou maior. A alteração do prazo máximo de internação para patamar superior surtirá pouco efeito prático, pois, inequivocamente, a opção da Justiça brasileira é, em regra, pela fixação das penas e das medidas socioeducativas em patamares mínimos.

8. Conclusão

Adotando o conceito de Zaffaroni (1991, p. p. 206), quando afirma que são leis penais as que prevêem como forma de decisão de conflitos e as que de qualquer modo autorizem a imposição de penas (sejam ou não constitucionais), entendendo-se por *penas* as conseqüências jurídicas que impliquem privação de direitos ou sofrimento e que não pertençam, como modelos de solução, a outros ramos de direito, concluímos, com facilidade, que as medidas socioeducativas são sanções penais, porém aplicáveis aos inimputáveis por menoridade.

O conceito de pena necessária envolve não só a questão do tipo de pena como modo de sua execução, síntese ainda não obtida pelo Direito Penal. Apesar dos eufemismos que cercam o Direito da Criança e do Adolescente, as medidas socioeducativas, aplicáveis apenas diante da prática de crimes ou contravenções (art. 103 e 112 do ECA – princípio da legalidade), são, basicamente, sanções penais restritivas de direitos e, excepcionalmente, privativas de liberdade, orientadas pelos princípios de despenalização (que dificultam ou restringem a privação de liberdade) e descarcerização (que evitam a prisão cautelar),

com cunho nitidamente pedagógico, constituindo, indubitavelmente, materialização das Regras de Tóquio¹⁰, ostentando, portanto, caráter penal especial, como novo estágio da evolução das sanções penais. Portanto, por coerência, as medidas socioeducativas devem ser classificadas como espécie do gênero sanção penal.

Outro aspecto que reforça nossa conclusão é a consideração de que todas as medidas socioeducativas são compulsórias e, inclusive, conversíveis em internação em caso de descumprimento (art. 122, III, do ECA). Tal consideração não constitui violação aos direitos humanos. Segundo Moraes (2000, p. 55):

Note-se que a Convenção sobre os Direitos da Criança, apesar de estabelecer em até 18 anos de idade o ser humano que deve ser considerado criança, não fixa nenhuma regra sobre a imputabilidade penal, permitindo, inclusive, a possibilidade de aplicação de penas privativas de liberdade, desde que legalmente impostas. Conforme prevê seu art. 37, nenhuma criança será privada de sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária, devendo a detenção, reclusão ou prisão de uma criança ser efetuada em conformidade com a lei e apenas como último recurso, e durante o mais breve período de tempo que for apropriado. Ainda é prevista a impossibilidade da criança ser submetida a tortura ou a tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes, ou, ainda, a pena de morte, prisão perpétua sem possibilidade de livramento.

Também sob a ótica dos fins das penas, especialmente por prevenção geral, é perfeitamente cabível a aplicação de sanções penais aos inimputáveis por menoridade. A justificativa tradicional da não punição aos inimputáveis reside na ausência de culpabilidade, que, em relação aos adolescentes, atende critério puramente biológico, por razões de política criminal. Portanto, a impossibilidade de conciliação entre penas e medidas socioeducativas não está na finalidade, mas na origem que legitima cada uma delas.

Desta forma, a grande distinção não reside na finalidade, mas sim na origem das sanções penais, cujas espécies no Brasil são as penas (aplicáveis aos imputáveis), as medidas de segurança (aplicáveis aos inimputáveis por doença mental ou desenvolvimento mental retardado e que não eram contempladas, inclusive, até o Código Penal Republicano¹¹, de 1890) e as medidas socioeducativas (aplicáveis aos adolescentes - inimputáveis por menoridade), todas passíveis de efetivação apenas diante da prática de uma infração penal.

Segundo Almeida (2000, p. 118), se consideradas nas suas finalidades, as penas e medidas de segurança não são necessariamente opostas ou incompatíveis, exceto se a pena for considerada prevalentemente na sua função retributiva. Se à pena se atribuir um fim de acentuada prevenção especial, diminuirá sensivelmente a distância que a separa da me-

¹⁰ A Organização das Nações Unidas, por intermédio da Resolução 45/110, de 14 de dezembro de 1990, estabeleceu as Regras Mínimas sobre Medidas Não-Privativas de Liberdade, as chamadas Regras de Tóquio, tendo como primeiro objetivo fundamental a adoção pelos países membros de alternativas penais ao encarceramento, mediante propostas tendentes a despenalização e descarcerização.

¹¹ “Art. 68. O condenado que achar-se em estado de loucura só entrará em cumprimento da pena quando recuperar as suas faculdades intellectuaes”.

dida de segurança, raciocínio extensível às medidas socioeducativas. O que não se pode é, a pretexto de proteger e reeducar, continuar privando os adolescentes infratores das garantias do Direito Penal, mas não de suas consequências.

Conclui-se, assim, que se trata de discussão estéril a tão propalada necessidade de mudança de idade penal visando combater a delinquência juvenil, pois, além da existência de cláusula pétrea, as medidas socioeducativas são autênticas sanções penais, divergindo das penas em relação ao *quantum in abstracto*, na forma de aplicação e execução das medidas, o que, caso necessário e conveniente, poderia ser facilmente alterado através de lei ordinária, implementando modificações no Estatuto da Criança e do Adolescente, respeitados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

9. Bibliografia

ALMEIDA, Carlota Pizarro de. *Modelos de inimputabilidade: da teoria à prática*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo. O Sursis como medida sancionatória substitutiva da pena privativa de liberdade. *Boletim IBCrim*, São Paulo, n. 135, p. 13-15, fev. 2004.

COSTA, Tarcísio José Martins da. *Medidas socioeducativas*. Disponível em: <www.tjmg.gov.br/jij/artigos.html>. Acesso em: 20 abr. 2005.

CUNHA, José Sebastião Fagundes. *A responsabilidade penal dos menores na Espanha e o estatuto da criança e do adolescente*. Disponível em: <www.direitocriminal.com.br> Acesso em: 3 mar. 2001.

DOTTI, René Ariel. *Bases alternativas para o sistema de penas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

HASSEMER, Winfried. História das idéias penais na Alemanha do pós-guerra. Tradução Carlos Eduardo Vasconcelos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, p. 58, 1994.

JESUS, Damásio E. Sistema penal brasileiro: execução das penas no Brasil. *Revista Consulex*, Brasília, n. 1, jan. 1997. CD.ROM.

_____. *Temas de direito criminal*. São Paulo: Saraiva, 1998.

LEAL, César Barros. O ato infracional e a justiça da infância e da juventude. *Revista da OAB*, São Paulo, n. 62, jan./jun. 1996.

MOLINA, Antonio Garcia Pablos de. Momento atual da reflexão criminológica. *Revista*

Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 0, p. 13, 1992.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MUAKAD, Irene Batista. *Prisão albergue*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

PIETROCOLLA, Luci Gati et al. *O judiciário e a comunidade: prós e contras das medidas sócio-educativas em meio aberto*. São Paulo: IBCCrim, 2000.

SILVA, José Afonso da. Comentários sobre o art. 16 do ECA. In: CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; MENDEZ, Emílio Garcia. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA-SÁNCHEZ, Jesus Maria. *La expansión del derecho penal*. Madrid: Civitas, 1999.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.